

VU Research Portal

Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder

de Roo, K.H.M.

published in

Maandblad voor Ondernemingsrecht
2018

DOI (link to publisher)

[10.5553/MvO/245231352017003010005](https://doi.org/10.5553/MvO/245231352017003010005)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Roo, K. H. M. (2018). Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder. *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, 2017(10/11), 250-252. <https://doi.org/10.5553/MvO/245231352017003010005>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder

*Mr. K. H. M. de Roo**

De wetgevers van zowel Nederland als Engeland willen de benoeming van rechtspersonen als niet-uitvoerende bestuurders verbieden. In Nederland is deze keuze echter niet onderbouwd; dit terwijl zij lijkt te botsen met de behoeften van de praktijk. Welke lessen kunnen uit de Engelse stand van zaken worden getrokken?

1 Het naderende einde van de corporate non-executive

‘Niet-uitvoerende bestuurders moet je kunnen aanraken.’ Deze zonderlinge gedachte moet op enig moment door de hoofden van zowel de Nederlandse minister van (toen nog) Veiligheid en Justitie als de Britse minister van (toen nog) Business, Innovation & Skills zijn gegaan. In zowel Nederland als Engeland hangt namelijk de tot niet-uitvoerende bestuurder benoemde rechtspersoon – de *corporate non-executive* – een algeheel wettelijk verbod boven het hoofd. In het op dit moment aanhangige wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt in artikel 9a lid 1 zonder omhaal bepaald: ‘Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.’¹ Deze bepaling breidt het op dit moment slechts voor de NV en BV geldende verbod uit tot alle privaatrechtelijke rechtspersonen. In vergelijkbare zin kan in de nog niet in werking getreden Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (SBEEA) worden gelezen: ‘A person may not be appointed a director of a company unless the person is a natural person.’²

Beide jurisdicties, die zich in het algemeen terecht laten voorstaan op hun plooibare rechtsvormen, werken dus aan een inperking van de vrijheid om bestuursstructuren naar eigen inzicht vorm te geven. Dat is een opvallend gegeven. Niet in de laatste plaats omdat de Nederlandse minister recentelijk nog de wens uitgesproken heeft het rechtspersonenrecht aantrekkelijker en flexibeler te maken en omdat de Britse wetgever, indachtig de brexit, er alles aan gelegen zou moeten zijn om

eenzelfde strategie te volgen.³ Het nut van deze wetgevings-exercities is kortom niet meteen duidelijk. Integendeel, zoals ik elders heb uiteengezet, kunnen rechtspersonen in bestuurs- en toezichtsorganen goede corporate governance juist bevorderen.⁴ De kwaliteiten van een individu kunnen immers nogal schril afsteken tegen de grote mankracht, specifieke kennis en brede inzetbaarheid die benoemde rechtspersonen kunnen bieden.⁵

Gelukkig is het nog niet zover. Zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer moet zich nog over het ingediende wetsvoorstel buigen. Dit biedt kansen om het tij te keren. Daarbij is voor het nog te voeren debat in Nederland van belang om te zien dat de inwerkingtreding van het Britse verbod tot nader order uitgesteld is; dit na kennelijk kritische reacties uit de praktijk in de consultatie over mogelijke uitzonderingen op het verbod. Het lijkt in dit licht interessant een blik op de ontwikkelingen aan de overzijde van het kanaal te werpen. Wat zijn de lessen uit de Engelse discussie voor de regulering van de Nederlandse – maar naar Engels recht gemodelleerde – niet-uitvoerende bestuurder?

2 Een Engelse oplossing ...

Het Nederlandse wetsvoorstel beoogt blijkens de voorgestelde wettekst dat niet-uitvoerende bestuurders steeds mensen van vlees en bloed zijn. ‘Blijkens de voorgestelde wettekst’, want uit de memorie van toelichting kan niet opgemaakt worden waarom de minister tot de introductie van dit verbod besloten heeft. Deze beslissing heeft dan ook tot menig opgetrokken wenkbrauw geleid.⁶ Zo merkt de Raad van State op dat het bij ‘semipublieke instellingen en gewone stichtingen en verenigin-

* Mr. K.H.M. de Roo is als promovendus verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2, p. 2.

2. S. 87 (4) Small Business, Enterprise and Employment Act 2015. Deze bepaling zal bij inwerkingtreding als s. 156A (1) worden gevoegd in de Companies Act 2006. Benadrukking verdient dat deze bepaling ziet op alle bestuurderstypen, met inbegrip van uitvoerende bestuurders. Het Nederlandse voorstel ziet slechts op niet-uitvoerende bestuurders.

3. Kamerstukken II 2016/17, 29752, 9, p. 5-7. Zie over de ‘Brexodus’ van vennootschappen naar het continent J. Armour e.a., Brexit and corporate citizenship, *European Business Organization Law Review* (18) 2017, p. 225-249.

4. K.H.M. de Roo, De rechtspersoon als commissaris, *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106-111.

5. Nog daargelaten de mogelijkheden die technologische ontwikkeling op dit gebied kan brengen. Vgl. F. Möslin, Robots in the boardroom: Artificial intelligence and corporate law, in: W. Barfield & U. Pagallo (red.), *Research handbook on the law of artificial intelligence*, Cheltenham: Edward Elgar 2017/2018 (te verschijnen).

6. Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, Advies inzake het Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 mei 2014, p. 11; Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, Reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 mei 2014, p. 3-4.

gen (...) regelmatig [voorkomt] dat het toezicht op een stichting wordt uitgeoefend door een andere stichting'. 'Het voorstel', aldus de Raad van State, 'kan in dit opzicht ingrijpende consequenties hebben'.⁷

De ontwikkelingen in Engeland laten zien dat de Raad van State in deze verwondering niet alleen staat. Voordat echter op de kritiek wordt ingegaan, lijkt het gezien de onduidelijke beweegredenen achter het Nederlandse voorstel zinnig de achtergrond van het Britse verbod toe te lichten. In de aanloop naar de SBEEA heeft het Britse departement aangegeven dat *corporate directors*, waaronder *corporate non-executives*, inherent ondoorzichtig zijn en daarom misbruikt kunnen worden door personen die zich achter deze rechtspersonen verschuilen.⁸ Met natuurlijke personen in het bestuur zou dit niet mogelijk zijn en zou de *accountability* van bestuurders eenvoudiger vorm kunnen krijgen, zo werd gesteld. De steen des aanstoots was daarbij dat het in de praktijk niet eenvoudig bleek de natuurlijke personen achter *corporate directors* aansprakelijk te stellen.⁹ Dit kwam in 2010 aan het licht, toen het Supreme Court in *Revenue and Customs Commissioners v. Holland* benadrukte dat rechtspersoonlijkheid ook mag dienen ter beperking van het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurders van *corporate directors*.¹⁰ De SBEEA zou ertoe dienen deze praktijk in te dammen.

Bij een rondgang in het veld bleek dat het voorgestelde verbod op enige bijval van enkele ngo's kon rekenen. Niettemin waren vanaf het begin veel kritische noten aanwezig. Snel werd duidelijk dat een algeheel verbod de praktijk te zeer tegen de haren in zou strijken. In veel gevallen, zo werd door verschillende partijen aangedragen, worden *corporate directors* namelijk om volstrekt legitieme redenen gebruikt. Onder meer in concernverband, bij pensioenfondsen, door liefdadigheidsinstellingen en door investeringsfondsen worden zij veelvuldig ingezet.¹¹ Deze gebleken behoefte aan de benoembaarheid van rechtspersonen was reden voor het departement om een consultatie in gang te zetten over mogelijke uitzonderingen.¹² Dat de hierin gerezen kritiek tot twijfel over de wenselijkheid van een verbod heeft geleid, mag blijken uit de huidige stand van zaken. De consultatie is sinds januari 2015 gesloten, de inwer-

kingtreding van het verbod is op de lange baan geschoven¹³ en het departement broedt tot op de dag van vandaag op bruikbare oplossingen.¹⁴

3 ... maar voor welk Nederlands probleem?

Afgezien van het feit dat het Britse verbod veel verzet ontmoet heeft, is zowel het probleem als de door het departement uitgedachte oplossing helder. Bieden rechtspersonen een schild tegen bestuurdersaansprakelijkheid? Dan verbieden wij de benoeming van rechtspersonen tot bestuurder. Teruggaand naar de Nederlandse situatie laat de vraag zich stellen of deze Britse aanpak lessen voor de totstandkoming van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in zich draagt. Bestaat er in de context van het Nederlandse recht een probleem van natuurlijke personen die, anders dan zelf als niet-uitvoerende bestuurder zitting in het bestuur te nemen, een rechtspersoon tussenschakelen om zo aansprakelijkheid te ontlopen? Kent het Nederlandse recht een rechtsregel zoals die welke door het Supreme Court in de zaak *Holland* geformuleerd is?

Het antwoord op deze beide vragen is een ongeclausuleerd neen. Het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat immers een bepaling die precies op deze gevallen toegesneden is. Ex artikel 2:11 BW zijn de bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk wanneer de rechtspersoon-bestuurder zelf als zodanig aansprakelijk is.¹⁵ Indien een *corporate non-executive* benoemd is, behoeft dit dus geenszins in de weg te staan aan de aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon. Integendeel, artikel 2:11 BW werkt als wettelijk 'doorgeefluik van aansprakelijkheid' net zolang door totdat de aansprakelijkheidsactie op een natuurlijk persoon stuit.¹⁶ De sluier van rechtspersoonlijkheid wordt dus naar Nederlands recht eenvoudig gelicht bij *corporate non-executives*. Daarmee is het probleem dat in Engeland speelt voor Nederland niet van groot belang. De oplossing wordt uitdrukkelijk door de wet geboden en wel zonder de benoembaarheid van rechtspersonen te verbieden.

De benoeming van rechtspersonen als niet-uitvoerende bestuurders vormt in Nederland dus geen schild tegen aan-

7. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 4, p. 11.

8. Department for Business, Innovation & Skills, Final Stage Impact Assessment to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency), p. 152.

9. Department for Business, Innovation & Skills, Transparency & Trust: Enhancing the transparency of UK Company ownership and increasing trust in UK business – Government response, april 2014, p. 44.

10. [2010] 1 WLR 2793 (SC), onder 42. Recentelijk onderstreept door *Persad v. Singh* (Trinidad and Tobago) [2017] UKPC 32, onder 20.

11. Department for Business, Innovation & Skills, Transparency & Trust: Enhancing the transparency of UK company ownership and increasing trust in UK business – Government response, april 2014, p. 45.

12. Department for Business, Innovation & Skills, Corporate Directors – Scope of exceptions to the prohibition of corporate directors, november 2014.

13. Companies House, The Small Business, Enterprise and Employment Act is here, www.gov.uk/government/news/the-small-business-enterprise-and-employment-bill-is-coming (laatst bijgewerkt op 7 juli 2017).

14. Zie www.gov.uk/government/consultations/corporate-directors-exceptions-to-prohibition (laatst bezocht op 14 november 2017).

15. In het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt art. 2:11 BW ondergebracht in een nieuw in te voeren art. 2:9b lid 2 BW.

16. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen? (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

sprakelijkheid.¹⁷ Het Engelse probleem kan daarom in de Nederlandse verhoudingen geen doorslaggevende reden zijn voor het voorgestelde verbod. Naar wat die reden dan wel precies zou moeten zijn, blijft het echter gissen. Van een maatschappelijke behoefte lijkt in ieder geval geen sprake te zijn.¹⁸ Zo heeft het bij verenigingen en stichtingen veelvoorkomende AB-DB-bestuursmodel, waarin dagelijks bestuurders (*executives*) onder toezicht staan van algemeen bestuurders (*non-executives*), vooralsnog geen maatschappelijke roep om een verbod op *corporate non-executives* ontmoet.¹⁹

Het is wellicht mogelijk dat de minister zich heeft laten leiden door het wettelijk verbod op de rechtspersoon-commissaris, maar de argumenten waarop dat verbod steunt, zijn nu juist – zoals ik eerder betoogd heb – bijzonder wankel. Met name het onlangs nog geuite bezwaar dat de benoeming van rechtspersonen zou verhinderen dat een identificeerbaar natuurlijk persoon in het orgaan plaatsneemt, frappeert.²⁰ Rechtspersonen zijn immers uiteindelijk voor hun handelen van natuurlijke personen afhankelijk en bovendien staat niets het benoemend orgaan in de weg om te bedingen dat de benoemde rechtspersoon een vaste vertegenwoordiger heeft.

4 Conclusie

Van overtuigende redenen om de vervulling van de niet-uitvoerende bestuurdersfunctie te beperken tot natuurlijke personen is kortom tot nog toe niet gebleken. De Engelse aansprakelijkheidsproblematiek is gezien artikel 2:11 BW voor Nederland zonder doorslaggevende betekenis, de praktijk werkt al geruime tijd probleemloos met niet-uitvoerende bestuurders zonder een wettelijk verbod, en de mogelijke voorbeeldbepaling, zoals deze nu geldt voor commissarissen bij de NV en de BV, heeft nooit een behoorlijke fundering gekend. Een verbod op *corporate non-executives* dient derhalve geen kenbaar belang. Het nu voorliggende voorstel lijkt daarentegen eerder uit te gaan van de gedachte ‘wat de boer niet kent, dat eet hij niet’. Een dergelijke weinig diepgravende houding is met betrekking tot de lunch wellicht nog wel aanvaard-

baar. Als onderbouwing voor een wettelijke inmenging in private verhoudingen schiet zij echter tekort.

17. Mijns inziens is de vaker gehoorde bewering dat art. 2:11 BW omzeild zou kunnen worden door het tussenschuiven van een buitenlandse rechtspersoon als bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder onjuist. Zo kan een dergelijke vorm van wetsontduiking worden gecorrigeerd door toepassing van de nauwste-bandexceptie (art. 10:8 lid 1 BW). Hiertoe: H.L.E. Verhagen, in zijn noot bij HR 21 juni 2013, JOR 2013/238 (Van der Meer q.q./Pieper), onder 5. Buiten misbruiksituaties bestaat minder ruimte voor toepassing van de nauwste-bandexceptie. Alsdan kan worden getracht de achterliggende bestuurder op een andere grondslag dan de bepalingen omtrent interne bestuurdersaansprakelijkheid aan te spreken, zoals ex art. 6:162 BW; zie M.L. Lennarts, ‘Piercing the corporate director’ – over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 185-186.

18. Hiertoe: J.M. Blanco Fernández, Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht (Preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 40-42.

19. Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2013, p. 195.

20. M.J. van Uchelen-Schipper, Toezicht op het bestuur, TvOB 2016, afl. 1, p. 11.